

**D**ERECHO  
**Y**RELIGIÓN

Vol. XIX  
**2024**

Con una periodicidad anual, *Derecho y Religión* analiza monográficamente alguna cuestión relativa a manifestaciones externas de la religión desde una perspectiva estrictamente jurídica.

Cada volumen consta exclusivamente de trabajos doctrinales, siendo su editor el responsable de la selección de los autores encargados de desarrollar los contenidos.

La edición, que se hace en colaboración entre Delta Publicaciones y el Instituto Metodológico de Derecho Eclesiástico del Estado (IMDEE), se dirige fundamentalmente a los juristas universitarios y tiene una vocación de presencia internacional, por lo que las lenguas de publicación son, principalmente, el español, portugués e inglés.

*Derecho y Religión* no se solidariza con las opiniones expuestas por los autores en los trabajos publicados.

---

Published annually, each edition of *Derecho y Religión* analyzes an issue related to outward expressions of religion from a strictly legal perspective.

Every volume exclusively consists of doctrinal subjects, with the editor responsible for selecting the authors who will be in charge of developing the content.

Edited in collaboration with Delta Publicaciones and the Instituto Metodológico de Derecho Eclesiástico (IMDEE), the publication is fundamentally targeted at scholars interested in the juridical aspect of religion and state law. *Derecho y Religión* is aimed at an international audience, and as such is published in both English and Spanish.

*Derecho y Religión* do not share the points of view expressed by the authors in published papers.

**DIRECTOR / DIRECTOR**

Isidoro Martín Sánchez  
(Univ. Autónoma de Madrid)

**SUBDIRECTOR / ASSISTANT MANAGER**

Marcos González Sánchez  
(Univ. Autónoma de Madrid)

**SECRETARIO / SECRETARY**

Antonio Sánchez-Bayón  
(Univ. Rey Juan Carlos)

**CONSEJO EDITORIAL / ADVISORY BOARD**

Iván C. Ibán (Univ. Complutense de Madrid)  
Agustín Motilla (Univ. Carlos III de Madrid)  
Marco Ventura (Univ. de Siena)  
Gerhard Robbers (Univ. de Trier)  
Isabel Aldanondo (Univ. Autónoma de Madrid)  
Juan G. Navarro Floria (Univ. Católica Argentina de Buenos Aires)  
Derek H. Davis (Baylor Univ.)  
Antonio G. Chizzoniti (Univ. Cattolica del Sacro Cuore)  
José Luis Soberanes (Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM)  
Alberto R. Coll (Univ. DePaul)  
Javier Saldaña Serrano (Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM)  
Scott E. Isaacson (Brigham Young Univ.)  
Miguel Rodríguez Blanco (Univ. de Alcalá)  
Isabel Cano Ruiz (Univ. de Alcalá)  
Santiago Cañameres Arribas (Univ. Complutense de Madrid)  
Salvador Pérez Álvarez (Univ. Nacional de Educación a Distancia)  
Catalina Pons-Estel Tugores (Univ. de las Islas Baleares)  
Jesús A. Valero Matas (Univ. de Valladolid)  
María Moreno Antón (Univ. Autónoma de Madrid)  
Ricardo García García (Univ. Autónoma de Madrid)  
Gloria Moreno Botella (Univ. Autónoma de Madrid)  
Javier García Oliva (Univ. de Manchester)  
Octavio Lo Prete (Universidad de Buenos Aires)  
David H. Moore (Brigham Young Univ.)  
José Luis Llaquet de Entrambasaguas (Univ. Loyola)  
Jean Marques Regina (Instituto Brasileiro de Direito e Religião)  
Thiago Rafael Vieira (Instituto Brasileiro de Direito e Religião)

# DERECHO Y RELIGIÓN

Vol. XIX • 2024

*“Nuevas afectividades, ¿nuevos derechos en América?”*

José Luis Llaquet de Entrambasaguas  
(Coordinador)

**DELTA**  
PUBLICACIONES



Prohibida la reproducción y el almacenamiento total o parcial de esta obra, tanto de su cubierta como de su interior, no pudiéndolo hacer por ningún medio, mecánico, electrónico, fotocopia, vídeo ni de cualquier otro modo, sin el permiso expreso y por escrito de los autores del copyright.

## **DERECHO Y RELIGIÓN**

**Vol. XIX — Año 2024**

Esta Revista está indexada en las siguientes bases de datos: LATINDEX / DICE / DIALNET  
ISOC (CCHS-CSIC) / ULRICH'S / CIRC / RESH / MIAR / SUMARIS CBUC / IN-RECS/ ACNP  
DULCINEA/ RI-OPAC/ ANVUR/ CARHUS PLUS+

Este volumen ha sido financiado por la Comunidad de Madrid a través del Convenio Plurianual con la Universidad Autónoma de Madrid en su línea de Excelencia para el Profesorado Universitario, en el marco del V PRICIT (V Plan Regional de Investigación Científica e Innovación Tecnológica).

This work has been supported by the Autonomous Community of Madrid Government (Comunidad de Madrid-Spain) under the Multiannual Agreement with the Universidad Autónoma de Madrid in the line for the Excellence of the University Teaching Staff, in the context of the V PRICIT (Regional Program of Research and Technological Innovation).

© Derecho y Religión

© Delta Publicaciones

ISSN 1887-3243

Depósito legal M-2.874-2007

**Preimpresión:** OutDesign, Publishing Services

**Impresión:** Safekat

<https://www.derechoyreligion.com>

<http://www.deltapublicaciones.com>

Aviso de corrección: El artículo *Desarrollo, género y cultura en Argelia: Reformas para eliminar la violencia contra las mujeres*, publicado en el vol. XVIII (2023), corresponde en autoría única a la Prof<sup>a</sup> Ana María Vega Gutiérrez.

## SUMARIO

<b>Presentación: Nuevas afectividades, ¿nuevos derechos en América?.....</b>	<b>7</b>
JOSÉ LUIS LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, Universidad Loyola Andalucía	
<b>De casados, amancebados y otros tipos de convivientes. El recorrido histórico de las relaciones afectivo-sexuales en Hispanoamérica, desde el descubrimiento hasta el surgimiento de los Estados nacionales .....</b>	<b>11</b>
VIVIANA KLUGER, Universidad de Buenos Aires	
<b>Las creencias y la libertad religiosa de los pueblos indígenas latinoamericanos: su incidencia en los ritos funerarios, el tráfico de drogas y los sacrificios humanos .....</b>	<b>31</b>
ISIDORO MARTÍN SÁNCHEZ, Universidad Autónoma de Madrid	
<b>The law and the family in Canada —an overview .....</b>	<b>53</b>
DAVID SANDOR, Family Lawyer and Law and Religion Educator, Windsor, Ontario	
<b>The regulation of marriage in The United States of America .....</b>	<b>69</b>
GARY DOXEY, Brigham Young University	
<b>Análisis del matrimonio y la familia en México, Belice y Guatemala (perspectivas y desafíos) .....</b>	<b>85</b>
ROXANA PAOLA MIRANDA TORRES, Universidad Panamericana-Guadalajara	
ALBERTO PATIÑO REYES, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Anáhuac, México	
<b>Sistemas matrimoniales vigentes en Honduras, El Salvador y Nicaragua .....</b>	<b>105</b>
ERNESTO RAFAEL RODRÍGUEZ ALVARENGA, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”	
<b>El Matrimonio en Costa Rica .....</b>	<b>135</b>
INGRID PALACIOS MONTERO, Universidad de Costa Rica	
<b>El matrimonio en Panamá: naturaleza jurídica, perspectiva social y sus retos frente al escrutinio de los derechos humanos .....</b>	<b>157</b>
NELLY CEDEÑO DE PAREDES, Magistrada del Tribunal Superior de Familia de Panamá	

<b>Matrimonios, uniones consensuales, y otras formas de organización familiar bajo el marco legal de Cuba y la República Dominicana .....</b>	<b>175</b>
DENISE POSSE LINDBERG, Brigham Young University	
ARELIS RICOURT, Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana	
<b>Le droit de la famille en Haïti, entre ordre étatique et ordre coutumier .....</b>	<b>203</b>
ROSE-BERTHE AUGUSTIN, Université Quisqueya	
<b>Matrimonio religioso, matrimonio civil y otras formas de unión en el derecho colombiano .....</b>	<b>219</b>
VICENTE PRIETO, Universidad de La Sabana	
<b>El matrimonio, nuevos tipos de familia y su régimen legal en Venezuela .....</b>	<b>237</b>
MARÍA FERNANDA INNECCO DURÁN, Universidad Católica Andrés Bello	
<b>Sistema matrimonial y familiar en el Perú y Ecuador .....</b>	<b>253</b>
JOSÉ ANTONIO CALVI DEL RISCO, Instituto limeño para la protección y desarrollo de la libertad religiosa	
<b>Sistema matrimonial en Bolivia .....</b>	<b>277</b>
CARLOS ENRIQUE VIDAL SEJAS, Universidad Nuestra Señora de La Paz	
CAROLINA NAVIA ROBERTS, Universidad Nuestra Señora de La Paz	
<b>Sistema matrimonial y familiar en Brasil .....</b>	<b>295</b>
RICARDO GAIOTTI SILVA, Miembro del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Alcalá	
<b>Nuevas afectividades, nuevos derechos: Una tensión con la permanencia y estabilidad jurídica en Uruguay y Paraguay .....</b>	<b>317</b>
GABRIEL GONZÁLEZ MERLANO, Facultad de Teología del Uruguay-Montevideo	
JUAN JOSÉ BERNAL GUILLÉN, Facultad de Ciencias Jurídicas (UC)-Asunción	

# DE CASADOS, AMANCEBADOS Y OTROS TIPOS DE CONVIVIENTES. EL RECORRIDO HISTÓRICO DE LAS RELACIONES AFECTIVO-SEXUALES EN HISPANOAMÉRICA, DESDE EL DESCUBRIMIENTO HASTA EL SURGIMIENTO DE LOS ESTADOS NACIONALES

VIVIANA KLUGER

*Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho  
Universidad de Buenos Aires*

## Resumen

El capítulo apunta a pasar revista a las formas de convivir en pareja en la América Hispánica, desde el Descubrimiento de América hasta la codificación como resultado del surgimiento de los estados nacionales que habían estado previamente bajo la Corona española. A partir de la regulación del matrimonio en el derecho castellano en la Edad Media y Moderna, continúo con las uniones sexuales de los aborígenes, y el tránsito hacia la monogamia impuesto por los conquistadores, la adaptación del matrimonio castellano y su regulación en el derecho indiano, las permanencias y cambios en el Río de la Plata a partir de los movimientos independentistas, su normativización en el Código Civil argentino de 1869 y en las disposiciones posteriores, para concluir con unas consideraciones finales.

**Palabras clave:** Matrimonio y otras uniones convivenciales; derecho castellano; derecho indiano; Río de la Plata.

## Abstract

The chapter aims to review the forms of cohabitation in Hispanic America, from the Discovery of America to codification as a result of the emergence of national states that had previously been under the Spanish Crown. Starting with the regulation of marriage in Castilian law in the Middle and Modern Ages, I continue with the sexual unions of the aborigines, and the transition to monogamy imposed by the conquistadors, the adaptation of Castilian marriage and its regulation in the *derecho indiano*, the permanence and changes in the Río de la Plata after the independence movements, its normativization in the Argentine Civil Code of 1869 and in subsequent provisions, to conclude with some final considerations.

**Keywords:** Marriage and other domestic partnerships; Castilian law; Derecho indiano; Río de la Plata; Argentina.

**Sumario:** 1. Introducción; 2. El matrimonio en el derecho castellano; 3. El matrimonio indígena; 4. El matrimonio en el derecho indiano; 5. Otras formas de convivencia familiar en el derecho indiano; 6. El matrimonio en el Río de la Plata a partir de 1810 y su regulación en el Código Civil argentino de 1869; 7. Las regulaciones posteriores; 8. Consideraciones finales.

\* Fecha de recepción: 03/03/2024. Fecha de aceptación: 17/04/2024.

## 1. INTRODUCCIÓN

Las formas de convivir en pareja en la América Hispánica, desde el Descubrimiento de América hasta la codificación como resultado del surgimiento de los estados nacionales que habían estado previamente bajo la Corona española, han sido muy diversas.

Diversos cuerpos normativos las regularon y pretendieron regularlas, al tiempo que una distancia temporal y geográfica muy diversa entre lo preceptuado por la legislación castellana y la realidad indiana, llevaron al surgimiento de nuevas formas de convivencia o una aplicación matizada de las disposiciones existentes.

Matrimonios alineados con el derecho canónico y las disposiciones seculares, uniones de hecho, relaciones extramatrimoniales, transición de la poligamia a la monogamia, han determinado que las relaciones afectivo-sexuales en el Nuevo Mundo hayan transitado por diversos caminos a lo largo de los siglos y en los diversos contextos geográficos.

El presente capítulo apunta a pasar revista a este abanico de formas de convivencia, desde la regulación del matrimonio en el derecho castellano en la Edad Media y Moderna, las uniones sexuales de los aborígenes y el tránsito hacia la monogamia impuesto por los conquistadores, la adaptación del matrimonio castellano y su regulación en el derecho indiano, las permanencias y cambios en el Río de la Plata a partir de los movimientos independentistas, su normativización en el Código Civil argentino de 1869 y en las disposiciones posteriores, para concluir con unas consideraciones finales.

## 2. EL MATRIMONIO EN EL DERECHO CASTELLANO

En todas las épocas, las pretensiones políticas de un Estado y el grado de centralización del mismo afectan el modo en que se constituye la relación entre las fuentes del derecho<sup>1</sup>.

Al incorporarse políticamente las Indias a la Corona de Castilla, y atento a que las tierras recién descubiertas habían sido concedidas —documento pontificio mediante—, a los Reyes Católicos y a sus descendientes en el trono de Castilla<sup>2</sup>, y en función del principio del *ius commune* de que las tierras “nuevamente conquistadas e acrecentadas al señorío antiguo se han de regir por las leyes del reino a quien acrecienta”<sup>3</sup>, éstas pasaron a regirse por el derecho castellano. Sus habitantes merecieron el *status* de vasallos de la Corona de Castilla, al igual que los peninsulares de este reino.

En principio, no se intentó una estructuración jurídica nueva de los territorios; por el contrario, se quiso trasladar el orden jurídico indiano al Nuevo Mundo, en tanto las peculiares condiciones de vida de éste lo permitieran.

Fue por ello por lo que la regulación jurídica del matrimonio giró alrededor de las normas prescriptas en el derecho castellano, y a medida que las situaciones que se fueron planteando en Indias fueron revelando la necesidad de dictar nuevas normas para solucionar coyunturas

<sup>1</sup> PIHLAJAMAKI, H., *La heterogeneidad del ius commune. Observaciones comparativas sobre la relación entre el Derecho europeo y el Derecho indiano*, en GONZÁLEZ VALES, L.E (coordinador), XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: actas y estudios, vol. 1, 2003, pp. 57-74.

<sup>2</sup> Bula Inter Caetera del 4 de mayo de 1493, en GARCÍA-GALLO Y DE DIEGO, A., *Las bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África e Indias*, “Anuario de Historia del Derecho Español”, 27-28, Madrid, 1958, pp. 461-830.

<sup>3</sup> MANZANO MANZANO, J., *Historia de las recopilaciones de Indias*, Ediciones Cultura Hispánica, tomo I, Madrid, 1950, p. 6.



diferentes, se comenzaron a dictar disposiciones específicas para Indias, acudiéndose en forma subsidiaria al derecho castellano.

El orden de prelación fijado para las distintas fuentes establecía que en primer lugar se debía aplicar el derecho territorial del reino, integrado por las normas contenidas en los ordenamientos y las disposiciones reales y recogido en las diversas recopilaciones, en segundo lugar, los fueros municipales, en aquello en lo que venían utilizándose y mientras no se opusieran a la ley divina, a la razón o a las normas recopiladas, y en el tercero, las Partidas<sup>4</sup>.

Más adelante se invirtió esta secuencia, y se dispuso que se aplicara en primer lugar el derecho indiano, y en el supuesto de lagunas legislativas, se recurriera al derecho castellano<sup>5</sup>.

A pesar de la aplicación subsidiaria del castellano, se hizo un uso intensivo de este derecho, sobre todo en materia de derecho privado, penal y procesal, en que las disposiciones indianas propiamente dichas fueron escasas<sup>6</sup>. Conforme Victoria Chenaut, esta presencia del derecho castellano era aún mayor en lo que respecta al derecho de familia, porque "...las cuestiones que giran alrededor del sexo y la familia han sido las que deben haber cambiado más lentamente por pertenecer al aspecto más privado de la vida en sociedad"<sup>7</sup>.

En consecuencia, a efectos de analizar el marco jurídico del matrimonio en la América Hispánica, es necesario volver la mirada hacia lo que estipulaban las normas castellanas que estaban vigentes al momento del descubrimiento de América, porque éstas eran el derecho que debía aplicarse, en función de la concesión papal a Isabel y Fernando y a sus sucesores en el trono de Castilla.

Las líneas rectoras acerca del matrimonio —dictadas a lo largo de cinco siglos— fueron la monogamia, el carácter sacramental del matrimonio, y consecuentemente, la indisolubilidad matrimonial. A partir de allí se constituía un núcleo reducido al grupo doméstico, esto es, al matrimonio y a sus hijos, en el que la figura del marido y padre se elevaba a un nivel de superioridad jurídica que lo situaba muy por encima del que ocupaban los restantes miembros.

Las normas sobre el matrimonio estaban dispersas en dos tipos de fuentes: el derecho canónico y el derecho castellano.

Las principales fuentes canónicas eran las Decretales del papa Gregorio IX, y los cánones pertinentes del Concilio de Trento<sup>8</sup>, celebrado entre 1545 y 1563. Por su parte, las fuentes seculares eran el Fuero Juzgo<sup>9</sup>, el Fuero Real (1255)<sup>10</sup> y el Código de las Siete Partidas —dictadas por Alfonso el Sabio entre 1256 y 1260— en el que toda la Partida IV se ocupaba del matrimonio.

El matrimonio aparecía definido en las Partidas como "ayuntamiento de marido é muger, fecho con tal intención de vivir siempre en uno e de non se departir; guardando lealtad cada uno dellos al otro, é nonse ayuntando el varón a otra muger, nin ella a otro varón, viviendo

<sup>4</sup> GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, M. A., *Un mestizaje jurídico: el derecho indiano de los indígenas*, Estudios de Historia del Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, p. 13.

<sup>5</sup> Recopilación de Leyes de Indias (en adelante RLI...), lib. II, tít. I, ley I, Edición facsímil coeditada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y el Boletín Oficial del Estado, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid 1998, disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-LH-1998-62\\_1](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-LH-1998-62_1) (consultada el 27/07/2023).

<sup>6</sup> DOUGNAC RODRÍGUEZ, A., *Manual de Historia del Derecho Indiano*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 16.

<sup>7</sup> CHENAUT, V., Honor y ley: la mujer totonaca en el conflicto judicial en la segunda mitad del siglo XIX, en GONZÁLEZ MONTES, S. y TUÑÓN, J. (compiladoras), *Familias y mujeres en México: del modelo a la diversidad*, El Colegio de México, México, 1997, p. 133.

<sup>8</sup> Cánones 1 a 12, disponible en [https://www.intratext.com/IXT/ESL0057/\\_PIB.HTM](https://www.intratext.com/IXT/ESL0057/_PIB.HTM) (consultada el 28/07/2023).

<sup>9</sup> Fuero Juzgo, lib. 3. tít. 1, en *Los códigos españoles concordados y anotados (en adelante Los Códigos...)*, Imprenta de La Publicidad, a cargo de M. Rivadeneyra, Tomo I, Madrid, pp. 1847-1851.

<sup>10</sup> Fuero Real, lib.3, tít. 1; lib.4, en *Los Códigos...*, Tomo I.

ambos á dos”, es decir que se trataba de una unión o enlace de hombre y mujer hecho con intención de vivir siempre en uno guardándose mutuamente fidelidad.

Conforme este ordenamiento jurídico, el varón debía tener catorce años y la mujer doce para que pudiera celebrarse válidamente este contrato, “a no ser que estuviesen tan cercanos a esta edad, que tuvieran proporción para juntarse carnalmente, porque la sabiduría y poder para hacerlo, mengua la edad”, o como suele decirse, “la malicia suple la edad”.

El matrimonio se debía celebrar libre de todo impedimento, que era una circunstancia cuya presencia o ausencia —según los casos—, hacía que el matrimonio fuera jurídicamente nulo, o cuando menos, que se hallase jurídicamente prohibido, es decir, fuera ilícito.

Se distinguían dos especies de impedimentos, según sus efectos sobre la validez del matrimonio: los impedimentos dirigentes, que anulaban el matrimonio; y los impedientes, que lo hacían ilícito, y a quienes lo contraían, pasibles de sanciones, sin llegar a invalidarlo.

Las Partidas se ocupaban, además del error y la fuerza, del parentesco o consanguinidad, del voto solemne de castidad, de la afinidad, del parentesco espiritual, la pública honestidad, el adulterio u homicidio del cónyuge, la disparidad de culto, el raptó y la impotencia para procrear<sup>11</sup>.

Este marco legal estuvo vigente en el Nuevo Mundo hasta que fueron surgiendo los estados nacionales y codificando su derecho.

Además de las Partidas, existieron disposiciones relacionadas con el matrimonio en otros cuerpos normativos, tales como el Ordenamiento de Alcalá de 1348— que establecía la pena de los adúlteros—<sup>12</sup>, las Ordenanzas Reales de Castilla u Ordenamiento de Montalvo de 1484 —que trataron sobre la publicidad de los matrimonios, la bigamia y el matrimonio de los siervos, huérfanos y viudas—<sup>13</sup>, las Leyes de Toro de 1505 —que giraban básicamente en torno al derecho sucesorio y al matrimonio clandestino—<sup>14</sup> y la Nueva Recopilación de las leyes de España de 1567—que legislaba sobre el matrimonio clandestino, el de las viudas, los amancebados, la pena del bigamo y la de los adúlteros, y el régimen patrimonial del matrimonio—<sup>15</sup>.

Otra regulación íntimamente conectada con el matrimonio fue una Pragmática dictada el 23 de marzo de 1776 que estableció que los hijos de familia, varones y mujeres menores de 25 años, debían solicitar y obtener consejo y consentimiento de su padre; en su defecto, a falta de los padres, se solicitaba consejo y consentimiento a los abuelos por ambas líneas respectivamente, y no teniéndolos, de los dos parientes más cercanos que se hallaren en la mayor edad, siempre que no fueran interesados o aspirantes a tal matrimonio, y a falta de éstos, a los tutores o curadores. Salvo en el caso de los padres o abuelos, en las demás hipótesis, para ejecutar el consentimiento otorgado, debía efectuarse con la autorización del Juez Real. En el supuesto de que no se obtuviera el consentimiento, quienes no lo habían logrado quedaban privados de suceder a aquella persona de quien no hubieran obtenido el permiso<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Partida 4, título 1, ley 9 (en adelante, “P” para Partida, “t” para título y “l” para ley); P. 4, t. 1, l. 6, en Los Códigos..., TOMO III; P. 1, t. 4, l. 6, en Los Códigos..., T. II; P. 6, t. 2, ley 4, en Los Códigos..., TOMO IV, P. 4, t. 2, l. 5; P. 4, t. 2, l. 1; P. 4, t. 2, l. 15; P. 4, t. 1, l. 6; P. 4, t. 2, l. 10; P. 4, t. 2, l. 19, en Los Códigos..., TOMO III.

<sup>12</sup> Ordenamiento de Alcalá, Título XXI, en Los Códigos..., Tomo I.

<sup>13</sup> Ordenanzas Reales de Castilla, Libro 5º, título 1º, en Los Códigos..., Tomo VI.

<sup>14</sup> Leyes de Toro, ley 49, en Los Códigos..., Tomo VI.

<sup>15</sup> Nueva Recopilación de las leyes de España, lib. 5º, tít. 1º y tít. 9º; lib. 8º, tít. 19 y 20 en Los Códigos..., Tomo VII a X.

<sup>16</sup> LAINA GALLEGO, J. M., *Licencia paterna y real permiso en la pragmática sanción de 1776*, “Revista de derecho privado”, Año N° 77, Mes 4, 1993, pp. 355-337.

Autores como Joseph Febrero ponían el acento en la indisolubilidad del vínculo, la trascendencia social a través de los hijos y el deber de asistencia<sup>17</sup>, mientras que moralistas como Martín de Torrecilla y Antonio Arbiol se centraban en la procreación y el remedio de la concupiscencia<sup>18</sup>.

El matrimonio se perfeccionaba simplemente con un acuerdo verbal entre dos personas que daban libremente su consentimiento, y muchas veces no esperaban la consagración religiosa para comenzar a tener este tipo de contactos, lo que daba inicio a una relación de aparente matrimonio, con el consiguiente riesgo de indeterminación de las uniones no constituidas in *faccie ecclesiae*<sup>19</sup>.

A esta situación apuntó a dar soluciones, entre otras cuestiones, el Concilio de Trento, que ordenó y sistematizó toda la doctrina del matrimonio, reafirmando su unidad, su indisolubilidad y su carácter sacramental<sup>20</sup>. Las directrices del Concilio de Trento hicieron hincapié en la condena de las relaciones prematrimoniales y en la nulidad de los matrimonios clandestinos<sup>21</sup>.

El Concilio ordenó el ceremonial eclesiástico: El matrimonio no se consagraría si, previo a su celebración, no se efectuaban los bandos o amonestaciones<sup>22</sup>. Éstos consistían en un tipo de publicidad prenupcial que se convirtió en obligatorio para el matrimonio católico. Se trataba de un anuncio hecho desde el púlpito, en tres días sucesivos de fiestas, de que dos personas mencionadas por su nombre tenían intención de contraer matrimonio. Los miembros de la parroquia debían aprovechar para revelar cualquier información que pudiera impedir la boda. Si nadie se presentaba después de los tres anuncios, la pareja podría casarse. Al mismo tiempo, el Concilio otorgó a los obispos la facultad de dispensar los bandos, si así lo consideraban necesario, instrumento utilizado por las autoridades eclesiásticas cuando había una interferencia estimada injusta para que la pareja contrajera matrimonio.

Luego de las proclamas, si no existían impedimentos, el matrimonio se celebraba a la faz de la Iglesia, y el párroco debía pedirle al varón y a la mujer que expresaran libremente su mutuo consentimiento, declarándolos casados en nombre del Padre, del Hijo, y del Espíritu Santo.

El párroco debía dejar constancia del matrimonio en un registro parroquial, con el nombre de los contrayentes, de los testigos y del día y lugar en que se celebrase. En consecuencia, el matrimonio clandestino —aquél que no cumplía las exigencias que requería la fama pública—, contraído secretamente y sin testigos se declaró írrito; y la clandestinidad se definió como impedimento canónico. Quedaba así cerrada la vía a las relaciones de bigamia, y en manos de la Iglesia, una herramienta teórica para impedir el intento encubierto de escapar a su control<sup>23</sup>.

<sup>17</sup> Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos, Ignacio Boix, T<sup>o</sup>3-4, Madrid, 1844, p. 29.

<sup>18</sup> TORRECILLA, M., *Suma de todas las materias morales*, 2<sup>a</sup>. Impresión, Imprenta Real, Madrid. 1696. T<sup>o</sup>II. Trat. IV. Disput. VII. Secc. II. Cap. II; ARBIOL, A., *La familia regulada. Con doctrina de la Sagrada Escritura y Santos Padres de la Iglesia Católica*, Don Joachin Ibarra. A costa de la Real Compañía de Impresores, y Libreros, Madrid, 1783, lib. 1. Cap. 1 y 2.

<sup>19</sup> GACTO, E., *El marco jurídico de la familia castellana. Edad Moderna, Historia, Instituciones, Documentos*, Universidad de Sevilla, 1984, pp. 41-42.

<sup>20</sup> Cánones I a 12, disponible en [https://www.intratext.com/IXT/ESL0057/\\_PIB.HTM](https://www.intratext.com/IXT/ESL0057/_PIB.HTM), consultada el 28/07/2023; JEDIN, H., *Historia del Concilio de Trento, IV-2: Tercer período de sesiones y conclusión. Superación de la crisis gracias a Morone. Conclusión y ratificación*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1981, pp. 152-153.

<sup>21</sup> GAUDEMET, J., *El matrimonio en Occidente*, Madrid, Taurus, 1993, p. 329.

<sup>22</sup> Decreto de reforma sobre el matrimonio, capítulo I, disponible en [https://www.intratext.com/IXT/ESL0057/\\_PIC.HTM](https://www.intratext.com/IXT/ESL0057/_PIC.HTM) (consultada el 20/07/2023).

<sup>23</sup> LAVRIN, A., *Sexualidad y matrimonio en la América hispánica. Siglos XVI-XVIII*, Los Noventa, Grijalbo, México, 1991, p. 18 y GACTO, E., *El marco...*, pp. 41-42.

### 3. EL MATRIMONIO INDÍGENA

Las costumbres de los pueblos aborígenes que preexistían a la llegada de los españoles al Nuevo Mundo chocaban en muchos casos con las normas seculares y canónicas de los descubridores.

Es imposible hacer una referencia a todas ellas, ya que éstas variaban en función de la diversidad de pueblos indígenas que habitaban en América. Sin perjuicio de ello, algunos cronistas han llegado a dar cuenta de ciertas características de la estructura u organización social y familiar de algunas de estas tribus.

Federico Aznar-Gil cita a Jerónimo de Mendieta y Toribio de Benavente, que refirió cómo el matrimonio era concertado por las familias de los prometidos, así como a Francisco López de Gómara y Francisco Hernández que dejaron asentada la costumbre del matrimonio por compra e incluso el apropiamiento de las mujeres a través del rapto<sup>24</sup>.

Los incas practicaban el *servinakuy*, una forma de matrimonio que se celebraba conforme reglas del derecho consuetudinario<sup>25</sup>. Con respecto a esta civilización, Luis Cordero-Rodríguez señala las principales modalidades sociales del matrimonio: entre los nobles, necesitaban el permiso del inca para escoger la mujer principal o legítima, o del padre de la novia; entre la gente del pueblo, el representante del inca obligaba a casarse en el mismo día a las casaderas con los casaderos del mismo *ayllo*, siendo imprescindible el consentimiento de la autoridad y de los padres<sup>26</sup>.

El matrimonio entre los mayas era de carácter matrilocal y permanente, la edad propia para casarse era de dieciocho años para los varones y catorce para las mujeres y no podían contraer matrimonio entre sí aquellos que llevaran el mismo apellido. Existía el divorcio, que consistía en el repudio por parte del marido en caso de que la mujer fuera estéril o no realizara adecuadamente sus labores.

Entre los aztecas la familia estaba afincada tanto en el matrimonio definitivo como en el provisional y en el concubinato. Existía la poligamia, y en ese tipo de matrimonios, se distinguía a la esposa legítima —que era con la que se habían casado siguiendo las formalidades necesarias—, y aquellas que habían sido dadas en matrimonio por sus padres —previa solicitud del ahora marido—, y las que simplemente habían sido robadas por los guerreros<sup>27</sup>.

Frente a este tipo de situaciones, el legislador español, comprendiendo lo injusto e impolítico que hubiere sido tratar de imponer a los hombres de aquellas razas, los mismos moldes en los que se había venido vaciando una civilización de siglos, buscó el medio de condensar en preceptos nuevos las reglas más adecuadas para el régimen civil de aquellos pueblos<sup>28</sup>. De esta forma, conforme señala González de San Segundo, “A los indios se les deja regirse por sus costumbres y, por lo tanto, el derecho indígena convive con el castellano”, fenómeno de convivencia o coexistencia que desde luego no impide, que “cuando los indios tratan con los españoles, es el derecho de éstos el que prevalece”<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> AZNAR-GIL, F. R., *La libertad de los indígenas para contraer matrimonio en las indias (SS. XVI-XVII)*, “Ius canonicum”, XXXII, N.II, 1992, pp. 439-462.

<sup>25</sup> RABINOVICH- BERKMAN, R. D., *Matrimonio incaico. El derecho de familia del país de los incas en sus últimos tiempos*, Editorial Jurídica Cevallos, Quito, 2003, pp. 79-80.

<sup>26</sup> CORDERO-RODRÍGUEZ, L., *Antropología y derecho familiar andino*, Advocatus, I, Lima, 1985, pp. 49-50.

<sup>27</sup> CRUZ BARNEY, O., *Historia del Derecho en México*, Oxford University Press, México, 1999, p. 6 y 19.

<sup>28</sup> OTS CAPDEQUÍ, J. M., *El estado español en las Indias*, Fondo de Cultura Económica, México, Sexta reimpresión, 1982, p. 78.

<sup>29</sup> GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, *Un mestizaje...*, p. 13.

Fue por ello por lo que se los atrajo lentamente al derecho de Castilla, “sin transiciones demasiado violentas, que hubieran resultado, a más de abusivas y tiránicas, en absoluto contraproducentes”<sup>30</sup>.

José Luis Llaquet de Entrambasaguas se refiere a que se dejó, en un primer momento, que la nobleza indígena tuviera autoridad sobre sus comunidades y que regulara la vida social desde un punto de vista agrario, matrimonial y penal, dando lugar a un derecho indígena —constituido por las costumbres nativas que no eran contrarias ni a la religión ni a la Corona—, que formaba parte del derecho indiano<sup>31</sup>.

En línea con el objeto de convertir a los infieles y desterrar las costumbres matrimoniales que estaban en contra de los preceptos de la Iglesia Católica, se acudió a soluciones alternativas<sup>32</sup>.

Una de las costumbres que se enfrentaban a los preceptos religiosos de los conquistadores era la poligamia, y su variante, el repudio. Es que conforme Llaquet de Entrambasaguas, los indios rechazaban la conversión para no abandonar sus esposas o incurrir en el delito de bigamia o, una vez bautizados, vivían amancebados<sup>33</sup>. Por esta razón, los predicadores trataron de inculcar paulatinamente a los naturales el tránsito a la monogamia y resolver la cuestión de con qué mujer debían solemnizar la unión<sup>34</sup>.

El primer intento de regulación por parte de la legislación canónica se concretó en la bula *Altutudo divini consilii* de Paulo III de 1537, por la que se ordenó que se unieran *in facie ecclesiae*, con su primera mujer, y en caso de que el indio no recordase cuál había sido la primera, el I Concilio limense permitió que éste pudiese elegir por esposa a la que quisiera, sin tener en cuenta si convivía o había convivido con él.

Sin embargo, la aplicación de esta bula continuó planteando algunas dificultades, por lo que Pío V introdujo una variante a través del breve *Romani Pontificis* de 1571, por la que le dio libertad al indio para escoger y conservar como legítima a aquella mujer que se bautizara con él, sin exigir que fuese la primera<sup>35</sup>.

Aceptado el matrimonio monogámico, fue preciso matizar la cuestión de los trámites previos y los impedimentos. Los primeros apuntaban a cerciorarse sobre la voluntad para contraer de los futuros esposos, mediante una conversación personal con el cura y a indagar acerca de posibles impedimentos a través de las informaciones de soltura —basadas en las declaraciones de los propios cónyuges y de testigos presentados por ellos—, y las proclamas o amonestaciones, que hacían pública la intención de contraer matrimonio, y permitían a los sabedores de impedimentos, denunciarlos ante el párroco<sup>36</sup>.

Estos requisitos establecidos por el Concilio de Trento, tuvieron que ser adaptados a la realidad indiana, en función de la escasez de sacerdotes en determinadas regiones. En este sentido, con respecto a las amonestaciones —que debían efectuarse por tres veces a los fieles, en días de precepto, a fin de que denunciaran la existencia de impedimentos— primó el criterio de evitar que el matrimonio se demorara más de lo necesario. Ello porque se temía que los naturales comenzaran a cohabitar antes de recibir el sacramento, y atento a la imposibilidad de celebrar misa todos los días de precepto en algunos pueblos —durante los cuales se podían

<sup>30</sup> OTS CAPDEQUÍ, J. M., *El estado...*, p. 78.

<sup>31</sup> LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, J. L., “Consideraciones jurídicas acerca del matrimonio andino”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, N° 24, 2010, p. 11.

<sup>32</sup> OTS CAPDEQUÍ, J. M., *El estado...*, p. 78.

<sup>33</sup> LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, “Consideraciones...”, p. 11.

<sup>34</sup> MARTINI, M. P., *El indio y los sacramentos. Circunstancias adversas y malas interpretaciones*, Prhisco, Cönicet, 1993, pp. 201-202.

<sup>35</sup> MARTINI, M. P., *El indio y los sacramentos...*, p. 202.

<sup>36</sup> RÍPODAS ARDANAZ, D., *El matrimonio en Indias. Realidad social y regulación jurídica*, Fecic, Buenos Aires, 1977, p. 70.

efectuar las amonestaciones— por la escasez señalada. Así, se llegó a permitir que, siempre que hubiera feligreses reunidos, se leyeran las proclamas en jornadas no festivas, y hasta dos veces en el mismo día.

Otro punto de fricción entre las costumbres matrimoniales indígenas, y el sacramento cristiano, fue el de los grados prohibidos de parentesco, ya que solían aceptar unas veces un sistema unilateral de parentesco matrilineal o patrilineal, y otras, un sistema bilateral que sólo rechazaba el primer grado en línea recta (padres e hijos), dándose casos en que se aceptaba, incluso, el primero en línea transversal (hermanos entre sí). El parentesco por afinidad no constituía un impedimento, y en algunos casos, constituía un incentivo para los matrimonios<sup>37</sup>.

Para solucionar este problema, la Iglesia intentó flexibilizar sus propios preceptos para acercarse a la modalidad de los naturales, por lo que a los neoconvertos se les permitía permanecer en matrimonios contraídos en su infidelidad dentro del segundo y ulteriores grados de parentesco, mientras que en cuanto a los matrimonios por contraer, la bula *Altitudo* declaró válidas las uniones sin dispensa previa hasta el tercer grado de parentesco por consanguinidad o afinidad<sup>38</sup>.

Fue necesario también garantizar la libertad de los indios para contraer matrimonio, corrigiendo abusos contrarios a la misma, cometidos a veces por sus propios caciques, y otras por los españoles encomenderos. Es que el matrimonio de las indias de un repartimiento, con indios de otros repartimientos, significaba para los encomenderos la pérdida, no sólo de mujeres adscriptas a su servicio doméstico, sino de la futura prole como fuente de tributos o servicios personales, ya que la mujer —conforme la legislación— debía seguir al marido. Esta situación justificaba ejercer coacción sobre las indias, con el fin de casarlas con indios del propio repartimiento del encomendero<sup>39</sup>. A fin de evitar esta posibilidad, se dictó la real cédula del 5 de febrero de 1515 que dispuso que era voluntad del rey, que los indios e indias tuvieran entera libertad para casarse con quien quisieran<sup>40</sup>. Tanto las normas seculares como las religiosas se dirigieron a remediar los excesos, estableciendo la posibilidad para quienes se desempeñaban en un servicio doméstico, dejar de prestarlo para ir a casarse a los lugares de origen; la limitación del número de indias que servían en cada familia; la residencia de las indias en pueblos propios y no en la casa de los encomenderos; y rigurosas penas temporales para los infractores, las que, además de sumarse a las eclesiásticas, llegaban en algunos casos a la pérdida del repartimiento para los encomenderos, y multas considerables<sup>41</sup>.

El tránsito de la poligamia a la monogamia no fue fácil, y para combatir la primera, fue necesario reiterar las normas enderezadas a castigarla, tales como una disposición de 1557 por la que se ordenó a la Audiencia del Perú que a ningún cacique, aunque fuera infiel, se le permitiese casar más de una vez, ni tener mujeres encerradas, o “privarles de que ellas lo executasen con quien quisieren”<sup>42</sup>, y ante la no cesación de esta práctica, la reiteración de una disposición en 1628 —luego incorporada a la Recopilación de Leyes de Indias de 1680—. Por estas normas, se advertía que, si se averiguase que algún indio, siendo ya cristiano, se había casado con otra mujer, o la india con otro marido, viviendo los primeros, fuesen apar-

<sup>37</sup> RÍPODAS ARDANAZ, D., *El matrimonio...*, pp. 76-77 y p. 175.

<sup>38</sup> RÍPODAS ARDANAZ, D., *El matrimonio...*, pp. 170-172.

<sup>39</sup> MARTINI, *El Indio y los sacramentos...*, p. 209.

<sup>40</sup> ENCINAS, D. de, *Cedulario Indiano*, Reproducción facsímil de la edición única de 1596, Tomo 4º, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1946, p. 271 y OTS CAPDEQUÍ, J. M., *El estado...*, p. 71.

<sup>41</sup> Lib. 21, tit. 9, ley 6, *RLI...*

<sup>42</sup> OTS CAPDEQUÍ, J. M., “Factores que condicionaron el desenvolvimiento histórico del derecho indiano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 5, 1969, p. 334.

tados y amonestados, y si amonestados dos veces no se apartasen y volvieron a cohabitar, se les aplicaría la pena, para su castigo y enmienda de los otros<sup>43</sup>.

El matrimonio de prueba —a costumbre de algunos grupos indígenas de convivir un tiempo antes de casarse— fue otra de las dificultades con las que se topaban las autoridades. Los predicadores, al intentar apartar a los indígenas de esta costumbre, se encontraban con justificaciones tales como que “el vínculo indisoluble del matrimonio que ha de durar hasta la muerte, no es acertado que sea como entrega de carga cerrada, porque va a riesgo de encontrarse con una sierpe, quien esperaba un ángel”<sup>44</sup>. Atento a que esta práctica contrariaba el requisito de la unión sacramental con carácter previo a la cohabitación, los sínodos americanos insistieron sobre el tema a lo largo del siglo XVII<sup>45</sup>.

También fue necesario poner fin a la mencionada costumbre de los padres de vender a sus hijas al mejor postor, o aceptar los servicios del futuro yerno, como expresión de la prevalencia en el mundo indígena prehispánico de los intereses grupales sobre los individuales. Estas prácticas estaban en pugna con el derecho a la libre elección matrimonial consagrado por la Iglesia Católica, por lo que la Corona los sancionaba con azotes, con declaración de inhabilidad para el desempeño de cargos públicos y con la obligación de restituir lo percibido, entre otras penas dirigidas a los señores indígenas que acaparaban doncellas, y a los padres que vendían a sus hijas<sup>46</sup>.

Todas estas situaciones y las normas encaminadas a ponerles coto, dan cuenta de la necesidad que hubo de adaptar las formas de convivencia preexistentes a la llegada de los españoles, para que estuvieran en línea con el matrimonio castellano.

#### 4. EL MATRIMONIO EN EL DERECHO INDIANO

“Porque siendo de una Corona los reinos de Castilla y de las Indias, las leyes y la manera de gobierno de los unos y de los otros debe ser lo más semejante y conforme que se pueda”<sup>47</sup>. Esto indicaba la voluntad de la Corona de trasladar su propio orden jurídico hacia el Nuevo Mundo, por lo que no se intentó una estructuración jurídica nueva de las tierras recién descubiertas, y por el contrario, se quiso trasladar el orden jurídico indiano al Nuevo Mundo, en tanto las peculiares condiciones de vida de éste lo permitieran. Sin embargo, a falta de una legislación específica y a pesar de su subsidiariedad, “el derecho castellano se aplicó mucho en Indias, sobre todo en materia de derecho privado, penal y procesal, en las que las disposiciones indianas propiamente dichas fueron escasas”<sup>48</sup>.

El modelo de familia española al que me referí precedentemente fue trasladado al Nuevo Mundo, dando origen a una familia indiana, estructurada sobre las mismas bases que la peninsular<sup>49</sup>.

En este sentido, tanto la cultura indígena, como la española, atribuyeron al matrimonio un fuerte valor social, y en el siglo XVI ambas corrientes se fusionaron, para consolidar al ma-

<sup>43</sup> Lib. 4, tit. 1, ley 6, RLI...

<sup>44</sup> REINA MALDONADO, Norte, lib.6, t.1, p. 4 y p. 29 y PEÑA MONTENEGRO, *Itinerario para párrocos de indios*, lib. 1, trat. 1, secc. 8, p. 151, cit. por MARTINI, *El Indio y los sacramentos...*, p. 208.

<sup>45</sup> MARTINI, *El Indio y los sacramentos...*, p. 206.

<sup>46</sup> Lib. VI, tit. 1, ley 6, RLI...; RÍPODAS ARDANAZ, *El matrimonio...*, p. 239.

<sup>47</sup> DE ENCINAS, *Cedulario*, T. I., Ordenanza 14, f. 5.

<sup>48</sup> DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual de historia del derecho indiano*, p. 16.

<sup>49</sup> LOCKHART, J., “Organización y cambio social en la América española colonial”, en BETHELL, L. (ed.), *Historia de América Latina Colonial: población, sociedad y cultura*, Editorial Crítica, Barcelona, 1990. pp. 63-108.

rimonio como base esencial de una sociedad sana y ordenada. De esta manera, el matrimonio aseguró la colonización y la estabilidad que la Corona española había tratado de establecer, y mantener en el nuevo orden colonial<sup>50</sup>.

Fueron pocas las disposiciones que se ocuparon de la regulación jurídica de la familia, y éstas giraron alrededor de los temas en los que era necesario tomar distancia de lo preceptuado para la península o para los que no había solución en el derecho castellano.

Si se examina el contenido de la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias de 1680 y de las disposiciones dictadas en España para regir en Indias o en el Nuevo Mundo, hay un fuerte predominio de normas de derecho público sobre el privado.

En Indias se insistía en la necesidad de que “para evitar los pecados públicos de los legos”, las autoridades persiguieran a quienes estuvieran amancebados, facultándose a ejercer este control a virreyes, arzobispos, audiencias e inclusive, al Consejo de Indias<sup>51</sup>.

Uno de los primeros problemas en materia de derecho de familia que planteó a la Corona el descubrimiento de América fue el del “casado ausente”, que podríamos afirmar fue un nuevo status social y familiar. Se trataba de los hombres casados que pasaban a América sin sus familias, y más adelante, los radicados en Indias que viajaban solos a España.

Desde muy temprano la Corona se esforzó en mantener la unidad de domicilio conyugal. En este sentido, la Recopilación de Leyes de Indias se ocupó del matrimonio, al ordenar que los casados llevaran a las Indias a sus mujeres y al buscar impedir que ningún hombre casado pudiera pasar a Indias, ni menos vivir en ellas, dejando abandonada en España a su mujer<sup>52</sup>.

La Corona tenía motivos sociales, económicos, jurídicos y, sobre todo, religiosos para preservar el principio de la unidad de domicilio. Según Antonio Dougnac, la primera razón fue el cumplimiento del fin propio del matrimonio: la santificación de marido y mujer por la cohabitación. Marido y mujer que no convivían se hallaban expuestos a muchos peligros: las leyes se referían especialmente a la bigamia y al concubinato. En segundo lugar, interesaba poblar el Nuevo Mundo a partir de una familia legalmente constituida que proporcionara colonizadores: el separado o el que no tuviera una familia asentada era un inconveniente para la población<sup>53</sup>.

Se trataba de evitar que los maridos abandonaran a sus mujeres y las dejaran sin el conveniente sustento, porque en ese caso la Corona hubiera tenido que hacerse cargo de la mujer desatendida. Más adelante se planteó idéntica situación con los casados en Indias que viajaban a España u otros lugares de América. Conforme la ley 7 del mismo título y libro de la Recopilación de Leyes de Indias, los casados en el Nuevo Mundo podían ausentarse de sus hogares por tiempo limitado, siempre que las autoridades americanas les dieran licencia, examinando si las causas eran o no legítimas. Atendidas las edades de marido y mujer y el número de hijos,

<sup>50</sup> LAVRIN, A., “La mujer en la sociedad colonial hispanoamericana”, en BETHELL, *Historia de América Latina Colonial*, pp. 109-137.

<sup>51</sup> Real cédula del 21 de diciembre de 1787, en MATRAYA Y RICCI, J.J., *Catálogo cronológico de pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1979, p. 397.

<sup>52</sup> Lib. VII, tit. 3, ley 1, RLI... Se estableció que los casados o desposados en esos reinos debían ser remitidos a hacer vida con sus mujeres e hijos. La orden estaba dirigida a los virreyes, presidentes, oidores, alcaldes del crimen, gobernadores, corregidores, alcaldes mayores y ordinarios, y “otros cualquier jueces y justicias de las Indias, Tierra Firme, puertos e islas”, ordenándoseles se informaran “de los que hubiere en sus distritos, casados y sin licencia para poder pasar a las Indias, o siendo acabado el término de ella”.

<sup>53</sup> DOUGNAC RODRÍGUEZ, A., “La unidad de domicilio conyugal en Chile indiano”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 7, No. 1/6, IV Jornadas chilenas de derecho natural: 3-6 de octubre de 1979, Santiago, pp. 567-589.



era necesario que dejaran suficientemente provisto su mantenimiento, y debían finalmente otorgar fianza de que volverían dentro del plazo señalado<sup>54</sup>.

En Indias fue necesario insistir en que virreyes, arzobispos, audiencias e inclusive Consejo de Indias persiguieran a quienes estuvieran amancebados y recomendar a estos funcionarios que aplicaran las penas espirituales y las seculares a fin de evitar los abusos y proceder al ejemplar castigo de los que fueran públicos<sup>55</sup>.

En el mismo sentido, y en el Río de la Plata, los bandos de buen gobierno también apuntaron a evitar esta situación, persiguiendo a los casados ausentes y amancebados como reflejo de una concepción que confiaba en el papel del Estado como disciplinador y controlador de las conductas sociales. Entre los motivos que se señalaban para justificar la persecución de casados ausentes y amancebados, encontramos el buen gobierno de la república, la mejor dirección de la administración de justicia, la falta de cumplimiento por parte de los vecinos de “la ley de Dios”, la necesidad de poner remedio a los “muchos perjuicios, escándalos y de servicios de ambas Majestades”, celar los vicios, escándalos y amancebamientos públicos, los “continuos desórdenes que contribuyen a la destrucción de este vecindario”, remover las causas que influyen en el perjuicio moral y físico de los fieles vasallos de su Majestad y establecer los medios que conspiran a la tranquilidad y utilidad públicas, a los que se agregan la reafirmación de abusos y costumbres perniciosas y “desterrar los abusos que produce el libertinaje” que se señalan específicamente para los amancebamientos. Tanto los bandos que perseguían a casados ausentes como amancebados, se dirigían a todos los vecinos, de cualquier estado, calidad y condición, lo que revela un afán homogeneizador de la sociedad y un deseo de ordenar a la familia y la sociedad en su conjunto, por cuanto estaban destinados y se aplicaban a todos los niveles sociales.

Tanto al perseguir a los casados ausentes como a los amancebados, se condenaba a los que se habían apartado de sus mujeres o convivían sin estar casados, como a aquellos que conocían la transgresión y no la denunciaban, fijándoseles en algunos casos hasta un plazo de 3 días de publicado el bando, bajo el apercibimiento de aplicarles la pena prevista para los alcahuetes<sup>56</sup>.

Por cuestiones políticas y en algunas regiones, se presionó a determinados individuos a contraer matrimonio, como por ejemplo a los encomenderos, a las mujeres solteras y viudas con indios encomendados provenientes del difunto marido, o bien a los solteros en determinados territorios, con vistas a poblar los asentamientos<sup>57</sup>.

Hubo también que adaptar las disposiciones de la Pragmática de 1776 sobre matrimonio de los hijos de familia en función de la aparición de nuevas etnias, tales como los indios y los negros y las distintas mezclas de razas. En América se excluyó su aplicación con respecto a “los mulatos, negros, coyotes e individuos de castas, y razas semejantes”, exceptuando “los que en calidad de oficiales sirvan en las milicias” o “se distinguen de los demas por su reputación, buenas operaciones y servicios y que todos los demas estuviesen obligados a su observancia”. Con respecto a la edad para solicitar el consentimiento, en Indias se bajaron los umbrales, permitiéndose que los hijos mayores de 25 años y las hijas mayores de 23 —edades que disminuían a 24 y 22, 23 y 21 o a 22 y 20 si eran, respectivamente, las madres, los abuelos o los tutores quienes debían prestar el consentimiento— dispusieran de sus personas, al auto-

<sup>54</sup> Real Orden del 8-4-1788; lib. 7, tit. 3, ley 38, RLI...

<sup>55</sup> Real Cédula del 13 de febrero de 1727, en MATRAYA Y RICCI, *Catálogo...*, p. 302.

<sup>56</sup> Ver al respecto, mi trabajo “Disciplinamiento familiar y social en el Río de la Plata, Tucumán y Cuyo: amancebados, casados ausentes e hijos fugitivos en la mira de los bandos de buen gobierno”, *Revista de historia del derecho*, N° 33, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2005, pp. 131-158.

<sup>57</sup> AYALA, M. J., *Diccionario de gobierno y legislación de Indias*, tomo IX, Milagros del Vas Mingo (editora), Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid, 1988, pp. 26-44.

rizarlos a casarse a su arbitrio, sin necesidad de pedir ni obtener consentimiento ni consejo de sus mayores<sup>58</sup>.

La compulsión de los expedientes judiciales planteados en el Virreinato del Río de la Plata ante la Real Audiencia de Buenos Aires o ante otras justicias, como los alcaldes del Cabildo, permite detectar que, a pesar de no haber estado regulados específicamente, de la lectura conjunta de las leyes, la doctrina y la praxis judicial, entre marido y mujer existieron los siguientes deberes y derechos conyugales: convivencia, asistencia, fidelidad, obediencia, corrección marital, respeto y débito conyugal.

En función del relevamiento de las causas entabladas, se puede afirmar que ambos cónyuges acudieron a los estrados judiciales para demandarse por toda una serie de cuestiones, algunas derivadas directamente del divorcio entablado en sede eclesiástica, y otras independientes de él. En este orden de ideas, asistimos a pedidos de depósito de la mujer por parte del marido, solicitudes de cambio de lugar de depósito por la mujer, demandas por separación de bienes, alimentos, reintegros de la esposa al hogar conyugal, denuncias de bigamias, quejas de malos tratamientos, entre otros pleitos conyugales<sup>59</sup>.

## 5. OTRAS FORMAS DE CONVIVENCIA FAMILIAR EN EL DERECHO INDIANO

En Indias se desarrollaron diversidad de formas familiares, tal como había sucedido en la Península, lo que me lleva a coincidir con Pilar Gonzalbo en que resulta imposible escribir una sola historia de la familia, “cuando salta a la vista la diversidad de los modelos familiares, no sólo en distintas épocas y países, sino aún dentro de una misma sociedad, en sus diferentes niveles socioeconómicos”<sup>60</sup>.

Las propias normas legales se ocuparon de otras formas de convivencia familiar. Al respecto las Partidas se refirieron a la barraganía y el amancebamiento, denominadas genéricamente como “concubinato”. A la primera aludieron al referirse a las otras mujeres que tienen los hombres, “que non son de bendiciones” y prescribieron quiénes podían ser recibidas por barraganas y quiénes podían tenerlas.

La barraganía era una relación en la que la mujer ostentaba una categoría social inferior a la del hombre. Si éste era casado no podía tener barragana y además no podía tener más de una, por lo que la unión debía ser entre individuos que pudieran contraer matrimonio válidamente. No se podía tener por barragana a ninguna mujer que fuera su parienta ni su cuñada hasta el cuarto grado. La barragana podía ser libre, o bien “de vil linage” o “en vil lugar nacida, sea o no mala de su cuerpo” y también podía ser sierva. Recibía el nombre de la palabra “barra”, que en árabe quería decir “fuera” y de “gana”, que quería decir “ganancia”, por eso

<sup>58</sup> PÉREZ Y LÓPEZ, A. X., *Teatro de la legislación universal de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopilados, y alfabético de sus títulos y principales materias*, tomo 19, Madrid: en la imprenta de Manuel González, MDCCXCII, pp. 393-401.

<sup>59</sup> Me he referido específicamente a este tema en mi obra *Escenas de la vida conyugal. Los conflictos matrimoniales en la sociedad virreinal rioplatense*, Editorial Quórum. En coedición con la Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 2003, disponible en <https://vivianakluger.com/wp-content/uploads/Escenas-de-la-vida-conyugal.-Los-conflictos-matrimoniales-en-la-sociedad-virreinal-rioplatense-1.pdf> (consultada el 27/07/2023).

<sup>60</sup> GONZALBO, P. (compiladora), *Historia de la familia*, Instituto Mora, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1993, p. 13.

los hijos de barraganas eran llamados “hijos de ganancia”. El casado no podía tener barragana y además no se podía tener más de una<sup>61</sup>.

Las diferencias entre la barraganía y el matrimonio en el ámbito externo a veces no fueron fáciles de precisar<sup>62</sup>, y todo hace pensar que este tipo de uniones fueron bastante frecuentes entre solteros, viudos y clérigos.

Fuera de este tipo de uniones, se condenaba fundamentalmente las que se entablaban entre aquéllos que sufrían algún impedimento para contraer matrimonio, tales como el amancebamiento de hombre casado con mujer soltera, de casado con casada, de casada con soltero, con penas que iban desde la pérdida de una parte de sus bienes, a la multa, el presidio o el destierro<sup>63</sup>.

El amancebamiento que en principio no era perseguido era la unión entre solteros; sin embargo, la unión entablada a la vista de todos o el escándalo a que daba lugar la relación, daban lugar a la intervención por parte de las autoridades.

De estas uniones al margen del matrimonio, nacían hijos que se insertaban en dos grandes grupos: los legítimos y los naturales. Los primeros eran “los que nacen de padre é de madre, que son casados verdaderamente, según manda santa Iglesia”, mientras que los naturales eran “los que no nacen de casamientos segunda ley”<sup>64</sup>.

Los naturales se dividían entre varias clases, como los “fornecinos ó nothos, que nacen de adulterio, los manceres o hijos de mujeres públicas, los espurios ó hijos de barragana ó concubina, y los incestuosos, que son los que nacen de parienta ó Religiosa”<sup>65</sup>.

La condición jurídica de los hijos naturales era inferior a la de los legítimos, pues los primeros no gozaban de los honores y beneficios de los segundos, ni podían heredar los bienes de sus padres<sup>66</sup> y conforme Pérez y López “entre ellos hay mucha diversidad, tanto por la mayor ó menor dificultad de la legitimación, como por la estimación y aprecio que se les concede”. El hijo natural podía ser legitimado —por merced real, por escritura pública o por testamento—, en cuyo caso no solo se hacía acreedor a los honores del padre, sino que también podía suceder a los bienes paternos a falta de hijos legítimos<sup>67</sup>. En definitiva, la barraganía confería a los hijos la calidad de naturales y con ello la posibilidad de ser legitimados.

A pesar del alto valor moral y reconocimiento social que traía aparejado el matrimonio, éste no siempre fue práctica universal y en Indias fueron frecuentes las uniones consensuales, que en gran medida dieron lugar al mestizaje.

El primer contingente de mujeres peninsulares que llegó a las islas del Caribe fue como colonizadoras y esposas. Sin perjuicio de que la legislación promulgada en 1502 y 1503 estimulaba la emigración familiar, durante las primeras décadas de la conquista y colonización española, hubo más demanda de mujeres solteras como futuras esposas de los conquistadores. Las cifras indican que, a pesar de la política de la Corona, de permitir el pase de mujeres al Nuevo Mundo, el número de mujeres españolas que emigraron a las Indias después de la conquista, nunca fue grande, y algunas estimaciones dan cuenta de que las mujeres constituyeron entre el 5 y el 17% del número total de inmigrantes que llegó a América durante las dos primeras décadas del siglo XVI<sup>68</sup>.

<sup>61</sup> P. IV, tit. 14, en Los Códigos..., Tomo III.

<sup>62</sup> GACTO, E., “El grupo familiar de la Edad Moderna en los territorios del Mediterráneo hispánico: una visión jurídica”, en VILLAR, P., *La familia de España mediterránea (Siglos XV a XIX)*, Editorial Crítica, Barcelona, 1987, pp. 36-64.

<sup>63</sup> Nueva Recopilación de las leyes de España, libro 12, tit. 26, ley 2, en Los Códigos..., tomo X.

<sup>64</sup> P. 4, tit. 13, l. 1, en Los Códigos..., Tomo III.

<sup>65</sup> P. 4, t. 15, l. 1, en Los Códigos...; PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro...*, Tº 16, p. 5.

<sup>66</sup> P. 4, tit. 15, l. 3, en Los Códigos..., Tomo III.

<sup>67</sup> PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro...*, Tº 16, 5.

<sup>68</sup> LAVRIN, *La mujer...*, p. 110.

Daisy Rípodas Ardanaz sostuvo que esta circunstancia, sumada a las propias costumbres indígenas, dio como resultado un período que ella denominó de “poliginia desenfrenada”, en el que los españoles asimilaban los hábitos de los pueblos sometidos, recibiendo gustosos las mujeres que les entregaron como gesto de amistad, dejando a un lado el matrimonio canónico y formalmente bendecido, y convirtiéndose en polígamos. Esta circunstancia era vivida, según la misma autora, con felicidad y sin prejuicios sociales<sup>69</sup>.

Los primeros cronistas de Indias se refirieron a la facilidad con la que los españoles se unieron con mujeres de las distintas razas indias, en relaciones libres<sup>70</sup>.

De uniones circunstanciales, surgieron concubinatos que procrearon numerosos hijos, convirtiéndose este tipo de relación, en una “arraigada práctica social, que demostró ser muy difícil de erradicar en la sociedad colonial”<sup>71</sup>.

Estos contactos sexuales interraciales de los siglos XVI y XVII tuvieron lugar principalmente fuera del matrimonio, dando origen a un mestizaje producto de uniones de hombres españoles y mujeres indias o negras que habían sido sus concubinas durante mucho tiempo, o sus parejas sexuales por breve tiempo, y cuyos hijos eran ilegítimos.

El mismo Juan de Solórzano Pereyra había escrito: “muchas indias dejan a sus maridos indios o aborrecen y desamparan a los hijos que de ellos paren, viéndolos sujetos a tributos y servicios personales”<sup>72</sup>.

Asunción Lavrin vio en la pobreza generalizada, en un clero numéricamente insuficiente y poco dedicado, y en la aceptación de las costumbres sociales que alentaron las relaciones extramatrimoniales, la explicación de las desviaciones del patrón formulado, a pesar del esfuerzo de la Corona y la Iglesia para imponer completamente sus cánones en favor del matrimonio<sup>73</sup>.

Solange Alberro se ha referido al tipo de aventuras que implicaba la conquista, la que se había realizado bajo el signo de la libertad y del absoluto desenfado, característico de esta clase de vida, y al alejamiento del conquistador respecto de los marcos ideológicos y las instituciones represivas de la metrópoli.

A pesar del esfuerzo de la Corona y de la Iglesia por imponer el matrimonio cristiano y monogámico, el análisis de los documentos de la época atestiguan la difusión de comportamientos que, sin oponerse clara y deliberadamente al modelo propuesto, “constituyen sin embargo desviaciones y adaptaciones del mismo”, sosteniéndose que no son características en sí de la Colonia, “pues al fin y al cabo no son raros en la Europa de los siglos VI, XVII y VIII, los bigamos, los amancebados, y menos aún las prostitutas”<sup>74</sup>.

En las Indias, en las posiciones sociales altas y medias, los hombres contraían matrimonio cuando cumplían con los requisitos establecidos, viviendo frecuentemente hasta entonces en uniones informales con mujeres de posición más baja, con quienes solían procrear hijos naturales, relaciones que una vez casados, no abandonaban, manteniendo así un segundo hogar. El contexto relatado implicó que, entre los españoles, los indígenas campesinos, y hasta en las grandes concentraciones indígenas en las márgenes de las ciudades, abundaran las uniones

<sup>69</sup> RÍPODAS ARDANAZ, *El matrimonio...*, p. 4.

<sup>70</sup> ALBERRO, S., *La sexualidad manipulada en Nueva España: modalidades de recuperación y de adaptación frente a los Tribunales Eclesiásticos*, en *Familia y sexualidad en Nueva España: memoria del primer Simposio de Historia de las Mentalidades*, Sep. 80. Fondo de Cultura Económica, México. 1992, p. 242.

<sup>71</sup> LAVRIN, *La mujer...*, p. 130.

<sup>72</sup> SOLÓRZANO PEREYRA, J. de, *Política Indiana*, Biblioteca de Autores Españoles, Ediciones Atlas, Madrid, 1972, p. 445.

<sup>73</sup> LAVRIN, *La mujer...*, p. 112.

<sup>74</sup> ALBERRO, *La sexualidad...*, p. 242.

informales y los hijos ilegítimos, en las cuales la mujer era escogida generalmente de una categoría social más baja que la del hombre<sup>75</sup>. Estos amancebamientos podrían explicarse debido al desarraigo propio de emigrados inestables, en un medio menos controlado que el europeo, en la “debilidad relativa de las instituciones encargadas de difundirlo y mantenerlo, su multiplicidad, la oposición frecuente existente entre ellas, junto con las peculiaridades de la situación colonial”. Alberro entendió que las modalidades de estas infracciones, su frecuencia, el status de quienes las cometían, las metas perseguidas, y los resultados logrados, “delatan claramente una situación colonial específica, caracterizada por la dominación racial, la existencia de castas y estratos sociales teóricamente heterogéneos, y una realidad social y demográfica determinada”. Pobreza generalizada, clero insuficiente, desarraigo, problemas institucionales, factores todos que contribuyeron a convertir las desviaciones y recuperaciones diversas del modelo cristiano, en “una realidad tranquila y amenamente cotidiana”<sup>76</sup>.

Esta situación llevó a que la difusión de las normas cristianas se hiciera en medio de dudas y contradicciones, “con bastante flexibilidad para poder adaptarse a sociedades exóticas y desconocidas”, pero siempre con la preocupación de “extraer de la realidad del otro, únicamente lo que encajaba en el esquema tradicional”<sup>77</sup>.

En el Río de la Plata, tanto quienes han investigado las relaciones de hecho en la ciudad de Buenos Aires como en el interior del Virreinato, coinciden en la existencia de este tipo de uniones. Carlos Mayo ha sostenido, para las zonas pampeanas, que el amancebamiento parece haber estado bastante extendido y que las formas asumidas por las relaciones amorosas informales eran variadas, cubriendo toda una gama que iba desde el comercio sexual esporádico hasta la vida en común. Para José Luis Moreno, el modelo de organización familiar y de matrimonio cristiano que España pretendió imponer “estuvo lejos de transformarse en la más contundente prueba de sus acabados logros”. En este sentido, en opinión de Moreno “Casa grande, casa chica, amistades ilícitas, hijos bastardos y naturales, no parecen haber constituido siempre excepciones escandalosas en los distintos grupos sociales –y más aún entre la élite– sino diversos modos de constitución de arreglos familiares”. Sin embargo, según Moreno, como la detección de las formas de convivencia escapa a cualquier documento de la época hispánica, es difícil encontrar fuentes que permitan realizar estimaciones precisas de la proporción de matrimonios y de parejas convivientes en uniones consensuales. Por su parte, Mónica Ghirardi ha constatado que los altos niveles de ilegitimidad detectados en la ciudad de Córdoba serían demostrativos de conductas sexuales de la población que desbordaban el modelo de familia fundado en la tradición católica. En lo que respecta a Tucumán, Ana María Bascary se ha referido a la extendida costumbre de mantener relaciones extramatrimoniales por parte de los varones de la élite, lo que generaba fuertes tensiones en los matrimonios de las familias principales. En estos casos, según Bascary, se trataba de relaciones con mujeres de condición social y económica inferior: esclavas, indias, mestizas o mulatas. Sin embargo, para Moreno, este tipo de uniones se entablaban tanto en los estratos más altos como en los más bajos<sup>78</sup>.

También existió en Castilla y en Indias lo que hoy se conoce como “familia ensamblada”, un núcleo familiar en el cual uno o ambos progenitores tienen descendientes fruto de una unión anterior ya sea porque uno o ambos integrantes de la pareja están divorciados, son viudos o viudas o padres o madres solteras.

<sup>75</sup> LOCKHART, J., *Organización y cambio...*, pp. 66 y 84.

<sup>76</sup> ALBERRO, *La sexualidad...*, pp. 257 y 242.

<sup>77</sup> GRUZINSKY, S., “La conquista de los cuerpos”, en *Familia y sexualidad...*, p. 188.

<sup>78</sup> KLUGER, *Disciplinamiento...*, p. 137.

Las Partidas preveían la posibilidad de contraer nuevo matrimonio cuando el primero llegara a su fin por la muerte de alguno de los cónyuges o por otra justa causa. En Indias, por su parte, existieron este tipo de familias, cuyo status legal se podría rastrear a través de su reconocimiento en la legislación, la doctrina y la praxis judicial, fuentes que otorgaron efectos jurídicos y los consiguientes deberes y derechos entre sus integrantes<sup>79</sup>.

## 6. EL MATRIMONIO EN EL RÍO DE LA PLATA A PARTIR DE 1810 Y SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO DE 1869

En el Río de la Plata la regulación jurídica del matrimonio no sufrió grandes modificaciones a partir de la instalación de los primeros gobiernos patrios en 1810 —que depusieron al Virrey y culminaron con la declaración de la independencia de España en 1816—, los que no pudieron o no quisieron emprender la modificación del derecho privado. Esta situación se debe haber planteado en cada una de las naciones que surgieron al desmembrarse el imperio colonial español, y que se mantuvo hasta que cada uno de esos países codificó su derecho en la segunda mitad del siglo XIX.

En este sentido, la mayoría de los códigos latinoamericanos, en mayor o menor medida, abrevaron en las fuentes castellanas o lusitanas, y fueron herederos de una tradición que hundía sus raíces en el *ius commune*<sup>80</sup>.

En Argentina, en 1864 el presidente Bartolomé Mitre nombró al jurista Dalmacio Vélez Sarsfield para que redactara un Proyecto de Código Civil. Vélez Sarsfield era un abogado que había desarrollado una actividad profesional exitosa y elaborado conjuntamente con el jurista uruguayo Eduardo Acevedo un Código de Comercio para la provincia de Buenos Aires aprobado en 1859.

Vélez Sarsfield cumplió el encargo de Mitre y su Código fue aprobado por la Ley 340 del 25 de septiembre de 1869, para comenzar a regir el 1 de enero de 1871<sup>81</sup>.

El codificador argentino tuvo en cuenta los antecedentes castellano-indianos, de lo que dan cuenta las notas al Código. Utilizó como fuentes, entre otras, el derecho romano, la legislación castellana, el derecho canónico, el Código de Napoleón y la obra de sus comentaristas, otros códigos del siglo XVIII y XIX como el Código Civil de Chile de Andrés Bello de 1855, el Código de Luisiana, el Código general prusiano de 1874, el Código austríaco de 1811, entre otros, y las obras del jurista brasileño Augusto Texeira de Freitas<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> He desarrollado extensamente este tema en KLUGER, V., “Barraganía, unión de hecho y familia ensamblada. Formas de convivencia familiar en la Argentina de ayer y de hoy”, en ANDENAS, M. (Ed.) *et al.*, *Private Law beyond the National Systems*. Liber Amicorum Guido Alpa, The British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2007; “Otras Formas de Convivir en El Virreinato del Río de la Plata: El caso de la Familia Ensamblada”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 25, *Familias ensambladas*, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2003, pp. 83-94; “La familia ensamblada en el Río de la Plata. 1785-1812”, *Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene*, N° 33, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, pp. 175-222.

<sup>80</sup> RAMOS NÚÑEZ, C., “La codificación: impulso moderno de la familia romanista”, *Derecho & Sociedad*, 1994 (8-9), pp. 157-169.

<sup>81</sup> Código Civil de la República Argentina, aprobado en 1869 (en adelante CC), disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=109481> (consultada el 31/07/2023).

<sup>82</sup> KLUGER, V., *Un aporte sobre el derecho italiano en los claustros universitarios. Su invocación en algunas tesis doctorales de la Universidad de Buenos Aires (1878-1898)*, en *Seminari di agornamento professionale*

En lo que respecta específicamente al matrimonio, indagó en el derecho castellano, el Código civil francés, el Código de Nápoles, de Rusia y la obra de Savigny, Story y García Goyena, entre otras fuentes.

Ratificó su regulación por parte de las normas canónicas, y justificó su posición contra el matrimonio civil en la nota al artículo 167, al sostener que para los creyentes el matrimonio civil sería un perpetuo concubinato, “condenado por su religión y por las costumbres del país”, y que “la ley que autorizara tales matrimonios, en el estado actual de nuestra sociedad, desconocería la misión de las leyes que es sostener y acrecentar el poder de las costumbres y no enervarlas y corromperlas”, para finalizar con que “Sería incitar a las personas católicas a desconocer los preceptos de su religión, sin resultado favorable a los pueblos y a las familias”.

Vélez Sársfield se manifestó en desacuerdo con la solución del Código Francés de considerar al matrimonio como un contrato civil, porque “un hecho de la importancia y resultados de matrimonio no podría descender a las condiciones de una estipulación cualquiera” porque “la sociedad no marcharía a la par de las leyes” y “serían necesarias tantas excepciones al contrato, que vendría a quedar sin ninguno de los principios que sirven de base a las convenciones particulares”. Por las razones apuntadas, para el codificador el matrimonio era una institución social de contenido religioso<sup>83</sup>.

El matrimonio entre católicos se regulaba conforme los cánones y solemnidades de la Iglesia Católica<sup>84</sup>, el celebrado entre católicos y cristianos no católicos debía contar con la autorización de la Iglesia Católica y ser celebrado ante ella<sup>85</sup>, y el matrimonio entre cristianos no católicos y no cristianos, conforme a los preceptos del Código y a los ritos de las iglesias respectivas<sup>86</sup>.

Competía al juez eclesiástico resolver en relación con la disolución y nulidad del matrimonio celebrado ante la Iglesia Católica o con su autorización<sup>87</sup> y al juez civil en los demás supuestos, mientras que quedaba sin regulación legal el matrimonio de los no creyentes.

En relación con el régimen patrimonial del matrimonio, Vélez Sársfield se apartó del castellano-indiano y no admitió los contratos y capitulaciones matrimoniales<sup>88</sup>. Adoptó el sistema de la “sociedad conyugal,” en la que el marido tenía la administración de los bienes del matrimonio e incluso el de los hijos bajo su potestad, basado en la idea de colaboración de ambos esposos, la conservación del hogar y la subordinación del interés individual al familiar. Se trató de un régimen único legal y forzoso en tanto era impuesto imperativamente desde la celebración del matrimonio, en el que no se admitieron las convenciones entre esposos. Este régimen de sociedad conyugal respondió a la estimación de Vélez Sarsfield de asegurar los fines éticos y morales de la familia, de evitar conflictos de naturaleza económica entre sus miembros y garantizar la protección de la mujer, por considerada la parte más débil, tal como lo expresó en la nota al título de la Sociedad Conyugal<sup>89</sup>.

El código de 1869, aplicado a partir de 1871, comenzó a envejecer a poco de puesto en práctica, y se vio sujeto a un proceso de descodificación, como producto de las transformaciones económicas, sociales y políticas, y la necesidad de encontrar soluciones a las nuevas

(2007-2009), Collana dei Quaderni di Rassegna Forense, Consiglio Nazionale Forense, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2009, pp. 104-105.

<sup>83</sup> Nota al título I, Del Matrimonio, CC.

<sup>84</sup> Art. 167, CC.

<sup>85</sup> Art. 180 y 181, CC.

<sup>86</sup> Art. 183, CC.

<sup>87</sup> Art. 221 y 225, CC.

<sup>88</sup> 1271, 1275, 1276, 1277 y concordantes del CC, que regulaban la gestión de bienes durante el matrimonio.

<sup>89</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA M., LLOVERAS, N., *Tratado de Derecho de Familia*, T° I, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2014, p. 549.

circunstancias, situación que probablemente se haya repetido en las nuevas naciones de la América Hispana.

## 7. LAS REGULACIONES POSTERIORES

Once años después del comienzo de la vigencia del Código Civil argentino, en 1888 se dictó la Ley 2393 de Matrimonio Civil, que instituyó este matrimonio, seguido o no de un posterior matrimonio religioso, reformando de esta forma lo reglado al respecto por el Código Civil<sup>90</sup>. Por esta disposición el matrimonio continuó siendo indisoluble, no solo por imposición del derecho canónico como lo había sido hasta ese momento, sino a partir de ese momento, por voluntad del legislador.

Cabe señalar que, durante la discusión del proyecto de matrimonio civil, se alzaron también voces a favor del divorcio vincular, el que no llegó a debatirse. Tal como señala Héctor Recalde, “matrimonio civil y divorcio fueron engendrados juntos”, porque el 17 de agosto de 1888 —pocos días después que ingresara a la Cámara el proyecto auspiciado por el Poder Ejecutivo que se convertiría en ley—, Juan Balestra, diputado por la provincia de Corrientes, presentaba su proyecto de matrimonio civil<sup>91</sup>.

En 1954, por la Ley 14.394 —en la que se trataron diversos aspectos tales como el régimen penal de los menores, la edad para contraer matrimonio, el bien de familia y la ausencia con presunción de fallecimiento, entre otros—, al regularse esta última institución se estableció, a continuación del art. 31, la figura del “divorcio vincular para aquellos casos que hubieran obtenido la separación de cuerpos con al menos un año de antelación”<sup>92</sup>.

No obstante, a menos de un año de su reglamentación, la normativa fue derogada por el gobierno de facto en 1956: por el decreto-ley 4070 se declaró en suspenso esta disposición, en cuanto habilitaba a contraer matrimonio a las personas divorciadas, hasta tanto se adoptara una sanción definitiva sobre el “problema” del divorcio<sup>93</sup>.

En 1968, por la Ley 17.711 que modificó doscientos artículos del Código Civil de Vélez Sársfield y que incorporó la teoría de la impresión y del abuso del derecho —entre otros importantes cambios—, se añadió el art. 67 bis a la Ley de Matrimonio Civil, que permitió la separación personal por mutuo consentimiento, sin autorizar a contraer nuevo matrimonio<sup>94</sup>.

En 1987 por la Ley 23.515 se introdujeron modificaciones al régimen del matrimonio, se admitió el divorcio vincular, y se suprimieron las multas para los ministros de las religiones que celebraran bodas sin tener a la vista el acta del registro civil<sup>95</sup>. En 2010 se dictó la Ley 26.618 que permitió los matrimonios entre personas del mismo sexo<sup>96</sup>.

<sup>90</sup> Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-2393-48953/texto> (consultada el 31/07/2023).

<sup>91</sup> RECALDE, H., *Matrimonio civil y divorcio*, Centro Editor de América Latina, Biblioteca Política Argentina, Buenos Aires, 1986, p. 7.

<sup>92</sup> Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=103605> (consultada el 31/07/2023).

<sup>93</sup> Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do;jsessionid=6E4AA4BE358A6F78904EB3517892A0DA?id=296872> (consultada el 02/08/2023).

<sup>94</sup> Disponible en <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=103603> (consultada el 02/08/2023).

<sup>95</sup> Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-23515-21776> (consultada el 02/08/2023).

<sup>96</sup> Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm> (consultada el 02/08/2023).



Finalmente, en 2014, por la Ley 26.994 se aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación —el que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015—, que reemplazó el Código Civil de 1869 y derogó leyes que habían sido dictadas como producto de la descodificación señalada.

En materia de matrimonio, se introdujo en el nuevo cuerpo normativo la figura del matrimonio igualitario y la consiguiente eliminación de la “diversidad de sexos” de los contrayentes como requisito intrínseco para la existencia de la unión matrimonial.

En lo que respecta al régimen patrimonial del matrimonio, el Código da la opción a los contrayentes de elegir entre el sistema de la comunidad o el de la separación de bienes, permitiendo que se pueda pactar sobre los bienes que cada contrayente lleva al matrimonio, y sólo en caso de que no se exprese la opción, se considera aplicable el régimen de la comunidad de las ganancias.

En relación con el divorcio vincular, se elimina la necesidad de invocar alguna de las causales taxativas para poder solicitar su declaración judicial, no se requiere un plazo mínimo de existencia del matrimonio para poder solicitarlo y prevén disposiciones relativas al procedimiento para requerirlo.

Otra de las novedades es la incorporación de la figura de las “compensaciones económicas” entre los cónyuges, a fin de que pueda requerirla el cónyuge a quien el divorcio pueda producir un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación, siempre que tal circunstancia sea consecuencia de la ruptura<sup>97</sup>.

## 8. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de este capítulo he podido detectar en la América Hispana, desde el Descubrimiento y hasta el surgimiento de los Estados nacionales, una serie de adaptaciones, permanencias y cambios en lo que respecta a las relaciones afectivo-sexuales.

Estas transformaciones, simetrías y asimetrías, se fueron forjando en tiempos y con ritmos bien diversos, aunque hubo una serie de normas que permanecieron incólumes durante prácticamente cinco siglos.

Las adaptaciones tuvieron que ver con los contextos que permearon las distintas situaciones vividas por quienes entablaban este tipo de relaciones, y que se desarrollaron del otro lado del océano por sujetos que se movían en contextos muy alejados de los experimentados hasta ese momento. Sin la aceptación de los diversos matices, hubiera sido imposible la consolidación de esta sociedad hispanoamericana, producto de la fusión de razas.

En cuanto a las permanencias, el matrimonio continúa siendo monogámico, al tiempo que también asistimos, hoy como ayer, a la coexistencia de distintos tipos de uniones, tales como los matrimonios contraídos conforme a la legislación y las relaciones de hecho, sin ningún tipo de formalización. Subsiste lo que para los aborígenes era el “matrimonio de prueba”, hoy convertido en convivir, para conocerse bien, antes de decidir pasar por el registro civil.

En el presente, como en el pasado, conviven familias tradicionales con otros modelos de familias, tales como familias ensambladas y monoparentales, y tanto hoy como ayer, existieron y existen quienes condenan y quienes aceptan estos otros tipos de uniones, y quienes están atados a prejuicios y quienes viven sus relaciones libres de ataduras.

Los cambios que trajo aparejado el transcurso del tiempo tienen que ver con la aceptación, por parte del Derecho, de las demandas de una sociedad de la que forman parte sujetos im-

<sup>97</sup> Código Civil y Comercial de la Nación, arts. 401 a 508, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm> (consultado el 26/07/2023).

buidos de convicciones religiosas y otros que prescinden de ellas y de individuos con orientaciones sexuales diversas.

Esta suma de elecciones ha abierto paso a la secularización del matrimonio, a la admisión del divorcio vincular, al reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones libres, y en lo que respecta a la República Argentina, hasta al matrimonio entre personas del mismo sexo.

En Argentina, las transformaciones alcanzaron a los frutos de diversos tipos de uniones, al eliminarse las diferencias entre los hijos: hoy todos son iguales, independientemente de que sean producto de un matrimonio o de una relación de hecho.

En síntesis, en el pasado la realidad afectiva de pareja ha sido muy plural —independientemente de su reconocimiento por parte de la legislación—, pluralidad que se mantiene en el presente. Es que los tiempos cambian, las necesidades se transforman, los puntos de vista se van alterando, aparecen nuevas fuentes de investigación, y todo ello nos obliga a “revisitar” antiguas concepciones, cambiar enfoques, poner el acento de otros aspectos, etc.

Ello plantea continuamente desafíos que debe enfrentar un Derecho que cada vez más debería abreviar y alinearse en un diálogo transversal con otras ramas del Derecho y otras disciplinas.